



**Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud:
análisis de la reforma sanitaria en España**

Irene Sobrino Guijarro
Universidad de Sevilla

Mail: irenesg@us.es

Artículo recibido el 20 de julio de 2013
Artículo aceptado el 24 de julio de 2013

Resumen

El 20 de abril de 2012 se aprobaba una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud en España. Una de las modificaciones incorporadas más controvertidas radica en la exigencia de autorización de residencia a los extranjeros no comunitarios para poder acceder a la asistencia sanitaria gratuita. Los únicos supuestos de prestación sanitaria a los que los extranjeros irregulares tendrán derecho se circunscriben a urgencias, asistencia al embarazo y en menores de dieciocho años. El análisis de esta reforma a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia constitucional plantean serias dudas acerca de su conformidad con el ordenamiento constitucional.

Palabras clave: derecho a la protección sanitaria; inmigrantes irregulares; derechos humanos; reforma sanitaria.

Abstract

On April 2012, a structural reform of the Spanish National Health Care system was enacted. One of the most controverted amendments is the requirement of legal residence to non-EU migrants in order to have access to free health care, limiting such access for irregular migrants to emergency, maternity and child care. An analysis of such amendment in light of international treaties of human rights protection and of constitutional case-law poses serious doubts about its constitutionality.

Keywords: right to health care protection; irregular immigrants; human rights; health care reform.

Sumario

1. INTRODUCCIÓN. —2. CONTEXTO SOCIAL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR. —3. REFORMA LEGISLATIVA. —4. DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN SANITARIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES: 4.1. *MECANISMOS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS*. 4.2. *SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS*: A) CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS; B) CARTA SOCIAL EUROPEA; C) CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE. —5. MARCO CONSTITUCIONAL: 5.1. ESTATUS CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS. 5.2. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y LOS EXTRANJEROS INDOCUMENTADOS. —6. CONCLUSIONES. —7. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

El 20 de abril de 2012 se aprobaba una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud a través del Real Decreto-ley 16/2012 “de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones” (en adelante, RDL). Las modificaciones que la norma introduce abarcan tres ámbitos materiales básicos: la regulación de la condición de asegurado, la determinación de las prestaciones sanitarias, que se sustituye por una “cartera de servicios común” dividida en distintas

categorías y, en último lugar, se establece un nuevo sistema de aportación económica de los beneficiarios en la prestación farmacéutica ambulatoria, conocida como “copago” farmacéutico. Los principios que de forma global informan la naturaleza de las medidas concretas están vinculados, según el Preámbulo del RDL, a objetivos de racionalización del gasto sanitario, sostenibilidad del sistema de sanidad, así como a decisiones de financiación guiadas por criterios de coste-efectividad.

Una de las reformas que incorpora el RDL es la vinculación de la titularidad del derecho de acceso a la prestación sanitaria gratuita financiada con cargo a fondos públicos a que se ostente la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, especificando que los extranjeros recibirán asistencia sanitaria sólo cuando estén registrados o autorizados como residentes en España. Se produce así una modificación sustancial de los principios que han regido hasta ahora la regulación de la atención sanitaria de los extranjeros no comunitarios, que en virtud de la reforma deberán contar con una autorización de residencia para poder acceder a las prestaciones sanitarias. En concreto, la regulación ya derogada permitía que los extranjeros sin residencia legal en España pudieran obtener asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, siempre que estuvieran inscritos en el padrón del municipio donde residían habitualmente (ex. art. 12 Ley 4/2000).

La compatibilidad de la exclusión del acceso gratuito a la sanidad para el colectivo de inmigrantes irregulares con el marco constitucional ha sido cuestionada en ámbitos políticos y sociales y ha sido objeto, junto a otros aspectos controvertidos del RDL, de varios recursos de inconstitucionalidad¹. El objetivo de este trabajo es tratar de identificar las coordenadas constitucionales que definen el contenido y alcance del derecho de los extranjeros indocumentados a recibir asistencia sanitaria en España, con el fin de valorar el anclaje de la reforma en el conjunto normativo que conforma el ordenamiento

¹ EL RDL, hasta el momento, ha sido recurrido por las CC.AA. de Andalucía, Asturias, Canarias, Cataluña, Navarra, País Vasco y Navarra. Diferentes organizaciones como, entre otras, el Consejo General de la Abogacía, Médicos del Mundo y la Plataforma de Cooperación Internacional para los Migrantes Indocumentados (PICUM), han manifestado desde diversos ángulos su desacuerdo con la limitación del acceso a la sanidad a los extranjeros irregulares.

constitucional de los extranjeros. Para ello, se analizará el impacto de la reforma sanitaria en el derecho al acceso sanitario de los inmigrantes indocumentados a la luz de los convenios y tratados de derechos humanos ratificados por España y de acuerdo al ordenamiento y jurisprudencia constitucional.

2. CONTEXTO SOCIAL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

El estatus de irregularidad de un extranjero surge, básicamente, bien como consecuencia del ingreso en el país de forma ilegal, o bien por la permanencia en el mismo con un permiso de residencia y/o trabajo caducado. A lo largo de este trabajo la noción de extranjero irregular va a incluir a todas las categorías de inmigrantes no comunitarios que queden englobados en tales supuestos de irregularidad. Entre ellos estarían, por ejemplo, no sólo los extranjeros empleados en España sin autorización administrativa para trabajar, sino también aquellos inmigrantes irregulares desempleados, los familiares de los mismos, las situaciones asociadas al incumplimiento de las condiciones de reagrupación familiar, inmigrantes irregulares que no puedan retornar por causas legales, prácticas o de salud y los solicitantes de asilo que permanezcan en el territorio del país que les haya denegado la solicitud de asilo².

Dada la naturaleza clandestina del fenómeno de la inmigración ilegal, resulta muy difícil cuantificar el número preciso de personas que forman parte de este colectivo. Se estima que en 2008 había, aproximadamente, de dos a cuatro millones de inmigrantes indocumentados en el territorio de la Unión³. Hay que señalar también que desde 1996 hasta 2008 se ha llevado a cabo la regularización de unos cinco millones de personas en dieciocho Estados miembros⁴. En España se estima que, en el último trimestre de 2012, el número

² CHOLEWINSKI (2005): 9.

³ En 2002 se estimaba que la cifra era de 3 a 5.3 millones. A partir de 2007 comenzó a detectarse una bajada del número de indocumentados, debido fundamentalmente a la intensificación de los controles fronterizos y a la crisis económica global, *vid.* MOREHOUSE y BLOMFIELD (2011): 2 y 6.

⁴ BRICK (2011): 2.

de indocumentados ascendía a 400.000 personas⁵.

En esta cuestión es fundamental destacar la relación entre los inmigrantes indocumentados y el empleo ilegal y la economía sumergida. En este contexto converge, por una parte, la oferta de empleo como factor de atracción para la mejora en las condiciones de vida de muchos inmigrantes, con la demanda de empresarios dispuestos a beneficiarse del trabajo de los mismos realizado en condiciones muy precarias y a cambio de escasa remuneración⁶. El empleo ilegal tiende a concentrarse en sectores en los que se exige una baja cualificación profesional y en cuya expansión la participación de los inmigrantes ha resultado ser indispensable (por ejemplo, en la construcción, agricultura, servicio doméstico y hostelería). La vulnerabilidad de la posición de los trabajadores no declarados, al poder ser devueltos a sus países de origen en el caso de ser descubiertos, favorece el desarrollo y mantenimiento de situaciones de explotación y degradación de las condiciones laborales en las que se encuentran inmersos.

Las consecuencias de la precariedad del estatus de los indocumentados no se limitan al ámbito laboral o económico, sino que se proyectan también en impedimentos para la satisfacción de ciertas necesidades fundamentales. En este sentido, numerosos informes alertan acerca de los obstáculos con los que se encuentran los inmigrantes en situación irregular para acceder a la sanidad en los países de la Unión⁷. En particular, se señala que las dificultades legales o prácticas se concretan en varias barreras significativas: los costes de la atención sanitaria, la falta de información acerca de los derechos que les asisten, el temor a ser denunciados a las autoridades, así como el amplio margen de discreción

⁵ Este dato proviene de contrastar las cifras del Padrón Municipal (según los datos provisionales del Padrón continuo el 1 de enero de 2013) con los datos de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia (según la Secretaría General de Inmigración y Emigración, el 31 de diciembre 2012). La comparación entre estas fuentes oficiales es una metodología de cálculo habitual de la población extranjera indocumentada que adolece, sin embargo, de ciertos errores de medición, *vid.* CARRASCO CARPIO y GARCÍA SERRANO (2012): 65-68.

⁶ Comisión Europea (2007): *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones aplicables a los empresarios de residentes ilegales nacionales de terceros países*, 2007/0094 (COD): 2.

⁷ *Vid.*, por ejemplo, los siguientes informes: *Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants* (2010): 15-19; *European Union Agency for Fundamental Rights* (2011): 41-50; *Health for Undocumented and Migrants and Asylum seekers* (2009).

concedido al personal administrativo y sanitario para posibilitar el acceso a la sanidad a los inmigrantes irregulares. La primera cuestión señalada, esto es, la relativa a la necesidad de sufragar los servicios sanitarios (en algunos casos, incluso los costes de las situaciones médicas de emergencia), constituye una barrera casi infranqueable en el acceso a la sanidad para la mayoría de inmigrantes indocumentados⁸. Además, en un número significativo de casos, las dificultades administrativas que experimentan los profesionales médicos para solicitar al Estado el reembolso por el tratamiento sanitario realizado a un inmigrante irregular, provoca que en muchos casos se deniegue la asistencia sanitaria a los mismos para evitar los largos y complejos procedimientos administrativos de reembolso⁹.

3. REFORMA LEGISLATIVA

A continuación se va a exponer el marco legislativo que define los perfiles de la protección sanitaria de los inmigrantes, centrándonos específicamente en el estatus jurídico de los extranjeros irregulares. Como es sabido, en este ámbito la principal fuente legislativa es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social (LOEx, en adelante), que hay que interpretar a la luz de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, así como de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril. En concreto, se analizará el derecho a la asistencia sanitaria vinculado al Sistema Nacional de Salud, que implementa el sistema universal y no contributivo del artículo 43 CE y que está reconocido para el colectivo genérico de los extranjeros en el artículo 12 LOEx. El análisis no abarcará, por tanto, la articulación de la asistencia sanitaria derivada del sistema de la Seguridad Social (artículo 41 CE y artículo 38.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), al que tienen derecho en condiciones de igualdad con los nacionales aquellos trabajadores extranjeros

⁸ European Union Agency for Fundamental Rights (2011): 41.

⁹ El 14% de las personas entrevistadas en 11 países de la UE había visto rechazada su solicitud de asistencia médica, *ídem.*: 42.

que realicen una actividad profesional por cuenta propia o ajena y que está regulado en el artículo 14 LOEx.

El RDL lleva a cabo una transformación en profundidad del marco legal regulador de la asistencia sanitaria a los extranjeros mediante la modificación de preceptos fundamentales de la Ley Orgánica 4/2000. Específicamente en el ámbito que nos ocupa, una de las disposiciones reformadas de la LOEx es el artículo 12, que reconocía el derecho de los extranjeros a recibir asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles bajo la única condición de que estuvieran inscritos en el padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual (párrafo 1, artículo 12)¹⁰. Esta regulación, que desvinculaba el derecho a la atención sanitaria del requisito de la residencia legal, representó el inicio de un proceso tendente a la universalización del derecho a la protección sanitaria en cumplimiento de la concepción constitucional de la sanidad como un servicio público y universal (artículo 43 CE).

En un primer escenario legislativo, de acuerdo con la Ley General de Sanidad 14/1986, los extranjeros que tuvieran establecida su residencia en el territorio nacional serían titulares del derecho a la protección de la salud, mientras que los no residentes tendrían garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales determinaran¹¹. La Ley de extranjería aprobada en el 2000 (LO 4/2000) impulsó un cambio radical en este ámbito, al reemplazar el requisito de la residencial legal por la exigencia de la mera inscripción en el padrón del municipio de residencia habitual para que los extranjeros tuvieran derecho a la prestación sanitaria¹². Dado que el empadronamiento no constituye una prueba de la residencia legal¹³, en virtud de la LO 4/2000 se produjo la incorporación de la prestación sanitaria de los

¹⁰ Hay que destacar que, en virtud de la Disposición Final 4 de la Ley Orgánica 4/2000, el artículo 12 carecía de naturaleza orgánica.

¹¹ Artículo 1, párrafos 2 y 3, LGS 14/1986.

¹² Artículo 12.1, LO 4/2000. En determinados supuestos los extranjeros que se encontrasen en una situación administrativa irregular no necesitarían estar empadronados para disfrutar del derecho a la sanidad: casos de urgencia, accidente o enfermedad grave; menores de edad; mujeres extranjeras embarazadas (párrafos 2, 3 y 4 del art. 12). Una explicación detallada acerca de las condiciones legales ligadas al empadronamiento se puede encontrar en: GARCÍA VÁZQUEZ (2007): 166-170.

¹³ Art. 18.2. Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

extranjeros irregulares en el ámbito subjetivo del derecho. A su vez, la LO 2/2009, con el fin de evitar una posible confusión interpretativa por la cual se identificara erróneamente “residencia habitual” como sinónimo de “residencia legal”, sustituyó el requisito de la inscripción en el municipio de residencia habitual por el empadronamiento en el municipio correspondiente al “domicilio habitual”¹⁴. De este modo, la legislación anterior a la reforma del sistema sanitario del 2012 permitía a los extranjeros el acceso a la asistencia sanitaria pública en las mismas condiciones que los españoles, siempre que se cumpliera con el requisito del empadronamiento.

Sin embargo, el proceso de progresiva universalización del ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud ha experimentado un retroceso sustancial a raíz del RDL, al restablecer la residencia legal como condición previa para que los extranjeros puedan tener acceso a la prestación sanitaria.

En efecto, de acuerdo con la modificación operada por el RDL, la nueva redacción del artículo 12 de la LO 4/2000 establece que los extranjeros tendrán derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria¹⁵. Y, precisamente, la regulación de esta cuestión en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, es objeto de una reforma incisiva por parte del RDL.

Específicamente, en virtud de la reforma, el derecho a la asistencia sanitaria se hace depender del previo cumplimiento de la “condición de asegurado”, por lo que el estatus del ciudadano extranjero ha de ser subsumible en alguno de los siguientes supuestos: a) ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) tener la condición de pensionista del sistema de Seguridad Social; c) ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de naturaleza similar; d) haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras de similar

¹⁴ Vid. TRIGUERO MARTÍNEZ (2012): 234.

¹⁵ Disposición Final Tercera, RDL 16/2012.

naturaleza ¹⁶ . La condición de asegurado también se puede adquirir, subsidiariamente, si se acredita que no se supera el límite de ingresos determinado reglamentariamente¹⁷. En esta cuestión es importante destacar que en el caso de un extranjero no comunitario que carezca de recursos económicos suficientes, se requiere que se cumpla el requisito de la residencia legal para tener derecho a la asistencia sanitaria por esta vía¹⁸. De esta forma, se ha eliminado la habilitación legal existente hasta entonces a través de la cual los extranjeros irregulares que, al igual que los ciudadanos españoles, acreditaran insuficiencia de recursos podían acceder a las prestaciones sanitarias, bastando para ello con su inscripción en el padrón municipal¹⁹. Finalmente, en el caso de que no se cumpla la condición de asegurado o beneficiario de acuerdo a estos términos (esto es, por no ser un trabajador por cuenta ajena o propia, o no ser titular de una autorización para residir en territorio español), se podrá alternativamente obtener la prestación sanitaria mediante “el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial”²⁰.

En definitiva, la reforma operada por el RDL convierte a la residencia legal en un requisito indispensable para que el extranjero tenga la condición de asegurado y pueda, por tanto, ser titular del derecho a la asistencia sanitaria.

Por último, la nueva redacción de la Ley 16/2003 prevé en el artículo 3. ter las únicas modalidades de prestación sanitaria a las que los extranjeros irregulares tendrán derecho de forma excepcional (esto es, las denominadas por

¹⁶ Art. 3 Ley 16/2003.

¹⁷ Art. 3.3. Ley 16/2003. El límite de ingresos para acceder a la condición de asegurado por insuficiencia de recursos es de cien mil euros en cómputo anual (artículo 2.b), Real Decreto 1192/2012, por el que se regula la condición de asegurado y beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud).

¹⁸ Art. 3.3. *in fine*, Ley 16/2003.

¹⁹ Art. 1, Real Decreto 1088/1989 de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes. Este derecho de los ciudadanos españoles a la prestación sanitaria por insuficiencia de recursos se aplicaba igualmente a los extranjeros empadronados, en virtud de la igualdad de condiciones impuesta por la LO 4/2000 en el acceso al derecho a la asistencia sanitaria. Este Real Decreto ha sido derogado por el RD 1192/2012, Disposición Derogatoria Única, apartado c). *Vid.*, asimismo, el Informe del Tribunal de Cuentas (2012): 159-160.

²⁰ Art. 3.5 Ley 16/2003.

la Ley “situaciones especiales”): (a) de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; (b) de asistencia al embarazo, parto y posparto y, finalmente, (c) se dispone que los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Con respecto a los “convenios especiales” que se mencionan en el artículo 3.5 de la Ley 16/2003, hay que destacar que en octubre de 2012 se aprobaba un proyecto de Orden del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, al que teóricamente podrían adherirse los inmigrantes en situación irregular, al establecer como requisito para poder acceder a su suscripción contar con un año de empadronamiento previo²¹. El convenio se suscribiría con los servicios públicos de salud autonómicos o con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, en el caso de Ceuta y Melilla. Determinadas organizaciones sociales han criticado el carácter sumamente restringido de la protección sanitaria que dispensaría el convenio. Entre otras cuestiones, se pone de relieve que, si bien la suscripción del convenio permitiría acceder a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, no abarcaría, sin embargo, a las prestaciones de la cartera suplementaria, ni a la cartera común de servicios accesorios, que tendrían que ser sufragadas íntegramente por el extranjero²². Asimismo, la necesidad de efectuar un pago ininterrumpido de unas cuotas ciertamente elevadas podrían provocar un impedimento *de facto* en el acceso a la sanidad para los colectivos con mayor precariedad económica²³. Estas cuotas, además, tendrían un

²¹ Artículo 4.a) del Proyecto de Orden por la que se establecen los requisitos básicos del “Convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud”, aprobado en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 3 de octubre de 2012.

²² Por tanto, entre otras, las siguientes prestaciones estarían cubiertas por el convenio: actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación realizados en centros sanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Sin embargo, cuestiones tan esenciales como la medicación necesaria para el tratamiento de enfermedades crónicas (como, por ejemplo, el VIH o el cáncer), así como cualquier tratamiento farmacológico que deba seguirse una vez abandonado el centro sanitario, deberán ser sufragados en su totalidad por el paciente (arts. 8 bis, 8 ter y 8 quater de la Ley 16/2003), *vid.* Foro para la Integración Social de los inmigrantes, *Informe Preceptivo al Proyecto de Orden* (2012a): 3.

²³ Se imponen cuotas de casi 60 euros mensuales para los adultos de hasta 65 años y de 150

carácter mínimo, pudiendo ser elevadas por la administración con la que se firme el convenio. La consiguiente ausencia de un marco homogéneo a nivel nacional que estableciera cuotas fijas o límites máximos para las mismas, acentúa la desprotección jurídica y los obstáculos materiales para acceder a la asistencia sanitaria por parte de los colectivos más vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias, en particular los inmigrantes sin permiso de residencia²⁴.

4. DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN SANITARIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES

El objetivo de esta sección consiste en identificar los parámetros a los que España estaría vinculada en el ámbito de la protección sanitaria de los inmigrantes indocumentados en virtud de los instrumentos de protección europea e internacional de derechos humanos de los que es parte. Como es sabido, el contenido de los tratados de protección de derechos humanos resulta fundamental como criterio interpretativo de los derechos fundamentales de los extranjeros, de acuerdo con el artículo 10.2 CE.

4.1. Mecanismos de protección internacional de derechos humanos

Numerosos instrumentos internacionales reconocen el derecho a la asistencia sanitaria de toda persona, con independencia de su estatus legal o

euros al mes para las personas que superen esa edad. Asimismo, los convenios no prevén la protección del resto de miembros del núcleo familiar (es decir, no se prevé la figura de beneficiario). También se establece que la falta de pago de alguna de las cuotas determinará la suspensión del convenio durante el periodo de tiempo que determine la administración con la que se haya suscrito. *Vid.*, entre otros, Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (2012b): 19-21, 37.

²⁴ Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (2012a): 3 y 4. Asimismo, según el informe presentado ante el Congreso de los Diputados por “Médicos del Mundo” acerca de las consecuencias de la reforma sanitaria, durante el año transcurrido desde que se aprobara la misma, las situaciones problemáticas más habituales detectadas por esta organización han consistido en personas inmigrantes con “enfermedades crónicas sin controles periódicos y/o con interrupciones en sus tratamientos, con patologías transmisibles para las que no se han activado los protocolos correspondientes (como VIH o tuberculosis) o con enfermedades mentales sin seguimiento”, *vid.* en www.medicosdelmundo.org.

nacionalidad. El artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. De forma más específica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por las Naciones Unidas en 1966 y ratificado por todos los Estados miembros de la Unión, establece en su artículo 12.1 “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. La interpretación que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha desarrollado acerca de este artículo parte de la consideración de la salud como “un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”²⁵. El contenido normativo del derecho a la salud está integrado esencialmente, según el Comité, por el derecho al disfrute de toda una serie de servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud²⁶. Específicamente, los Estados Partes deben garantizar que las condiciones vinculadas a la provisión de la atención sanitaria cumplan con las características de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad²⁷. Entre estas, resulta especialmente interesante la concreción del concepto de “accesibilidad”, que se desglosa en cuatro categorías diferentes: (a) la prohibición de discriminación; (b) la accesibilidad física; (c) la accesibilidad económica (o asequibilidad) de los servicios públicos o privados de atención de la salud, cuyos costes deberán basarse en el principio de equidad a fin de impedir que los gastos sanitarios impliquen una carga desproporcionada a los grupos social y económicamente desfavorecidos; (d) el acceso a la información acerca de la cuestiones relacionadas con la salud.

Asimismo, hay que destacar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece la obligación legal específica de respetar el

²⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n. 14 (2000), relativa “al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 22º período de sesiones, E/C.12/2000/4, párrafo 1.

²⁶ *Idem.*, párrafo 9.

²⁷ *Idem.*, párrafo 12.

derecho a la salud, en virtud de la cual los Estados deberán abstenerse, en particular, de denegar o limitar el acceso igual a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos de todas las personas, incluidos, entre otros colectivos, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales²⁸. En consecuencia, el Comité fija un contenido integral del derecho a la salud que, además de incluir explícitamente al colectivo de inmigrantes ilegales, incorpora en su contenido mínimo un deber de atención sanitaria manifiestamente más completa que la mera asistencia de emergencia.

En mayo de 2013 entró en vigor el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado en 2008 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificado por España, junto a un reducido número de países²⁹. El Protocolo habilita un sistema de comunicaciones ante el Comité en virtud del cual pueden presentar reclamaciones individuales quienes se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y aleguen la violación de alguno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Las comunicaciones deberán referirse a hechos sucedidos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado Parte interesado y sólo podrán presentarse una vez agotados todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna³⁰.

El derecho a la salud también se reconoce a todas las personas, con independencia de su estatus legal o nacionalidad, en los siguientes instrumentos internacionales: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965 (art. 5), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 (art. 11 y art. 12), la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989 (art. 24).

La “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”³¹, es un importante instrumento de protección de derechos humanos al ocuparse específicamente

²⁸ *Idem.*, párrafo 34.

²⁹ La fecha de ratificación por parte de España fue el 23 de septiembre de 2010.

³⁰ Artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo.

³¹ Adoptado por las Naciones Unidas en 1990 y en vigor desde el 1 de julio de 2003.

de la protección de las necesidades e intereses de los trabajadores que están empleados en países distintos del propio, tanto en una situación regular como irregular. En el ámbito de las condiciones laborales, la Convención establece que los inmigrantes irregulares deberán recibir un trato similar al que reciben los trabajadores nacionales en ámbitos tan fundamentales como la remuneración, las condiciones de trabajo (horas extraordinarias, salud, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad laboral, etc.) y la participación en las actividades de los sindicatos, entre otras cuestiones³². Por su parte, el artículo 28 reconoce el derecho de los trabajadores inmigrantes y sus familiares a recibir cualquier tipo de atención médica urgente en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado en el que se encuentren.

La aportación principal de esta disposición estriba, según la doctrina, en la prohibición a los Estados Partes de denegar la provisión de asistencia médica a los inmigrantes irregulares. No se puede obviar, sin embargo, que esta obligación está circunscrita a la atención sanitaria de emergencia, excluyendo de su contenido normativo exigible el seguimiento médico posterior, así como todo tipo de atención médica preventiva³³. Por último, es importante subrayar que el Tratado aún no ha sido ratificado por ninguno de los principales países receptores de emigrantes en Europa occidental o en Norteamérica. Se ha señalado que uno de los obstáculos para la ratificación en el ámbito de la UE, sería la posibilidad de que la ratificación de forma individual por cualquiera de los Estados miembros pudiera entrar potencialmente en conflicto con el núcleo de políticas relativas al control de la inmigración en la Unión³⁴.

4.2. Sistema europeo de protección de derechos humanos

a) Convenio Europeo de Derechos Humanos

³² Artículos 25 y 26.

³³ BELL (2010): 156-157; CHOLEWINSKI (2005): 48; DA LOMBA (2004): 379.

³⁴ BELL (2010): 157.

Como es sabido, los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) son de aplicación a todas las personas dependientes de la jurisdicción de los Estados Partes. A pesar de que los derechos que recoge el Convenio responden mayoritariamente a la categoría formada por los derechos civiles y políticos³⁵, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido derechos de tipo socio-económico a partir del catálogo de derechos del Convenio, basándose en las implicaciones de naturaleza social y económica de los derechos civiles y políticos³⁶. De esta forma, el Tribunal, que ha reconocido a los Estados un amplio margen de apreciación para definir sus prioridades de gasto en los ámbitos prestacionales³⁷, ha ido construyendo progresivamente un cuerpo jurisprudencial en torno a los derechos sociales, identificando así obligaciones positivas de los Estados en el ámbito de la educación, vivienda, sanidad y seguridad social³⁸.

En evidente contraste con las numerosas decisiones existentes en materia de seguridad social, han sido escasas las oportunidades que ha tenido el Tribunal de Estrasburgo de pronunciarse acerca de quejas individuales por la insuficiencia de atención sanitaria que haya sido origen de una enfermedad o de un empeoramiento del estado de salud³⁹. Y, en particular, han sido muy limitadas las decisiones acerca del alcance del derecho a la atención sanitaria para los inmigrantes irregulares. La mayoría de los casos que concernían a un inmigrante irregular hacían referencia a decisiones estatales acerca de permisos de residencia o decisiones de expulsión⁴⁰. No obstante, en los casos existentes sí se pueden identificar determinadas líneas jurisprudenciales que incorporan

³⁵ A excepción de su Primer Protocolo, que reconoce el derecho a la educación en el art. 2.

³⁶ Asunto TEDH *Airey c. Ireland* (9 octubre 1979): párrafo 26.

³⁷ En este sentido, *vid.*, por ejemplo, TEDH: Decisión 4 de enero de 2005 acerca de la admisibilidad de la demanda de *Pentiacova et alii c. Moldova* (núm. 14462/03): “el referido margen de apreciación es incluso más amplio cuando, como en el caso presente, la cuestión en discusión conlleva una valoración de las prioridades en el contexto de la distribución de recursos públicos limitados” (pág. 13).

³⁸ Dos estudios muy exhaustivos acerca de la jurisprudencia del TEDH en la materia obligaciones positivas en estos ámbitos son: CLEMENTS y SIMMONS (2008): 413-427; PALMER (2009): 397-425.

³⁹ CLEMENTS y SIMMONS (2008): 417.

⁴⁰ BELL (2010):159.

una serie de criterios interpretativos relevantes para la materia de la asistencia sanitaria de los inmigrantes indocumentados.

En primer lugar, el Tribunal ha afirmado que la denegación del tratamiento médico en circunstancias de gravedad puede constituir un incumplimiento de la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida recogido en el artículo 2 del Convenio. La aceptación de obligaciones positivas del Estado en el ámbito de la sanidad por su vinculación al derecho a la vida se ha circunscrito, sin embargo, a un plano teórico, ya que en la práctica el Tribunal no ha inferido la existencia de una violación del artículo 2 en los casos presentados ⁴¹. Extrapolando los criterios que el Tribunal ha fijado para detectar la infracción de las obligaciones del Estado a la luz del artículo 2 (“amenaza real y efectiva para la vida”) ⁴², se podría inferir que el incumplimiento por parte del Estado de esta obligación en el ámbito de la salud de un inmigrante irregular, radicaría en la denegación de acceso efectivo a la sanidad que haya generado una amenaza “real y efectiva” para la vida, o bien, en la falta de adopción de medidas para remediar la gravedad de tal amenaza ⁴³.

En segundo lugar, el Tribunal ha establecido que el sufrimiento causado por una enfermedad física o mental puede estar incluido en el ámbito protector del artículo 3 (prohibición de tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes) cuando exista el riesgo de que tal enfermedad se acentúe debido a las condiciones de detención, expulsión o cualquier otra medida de cuya adopción sean responsables las autoridades ⁴⁴. Así, en ciertas circunstancias, la denegación de asistencia sanitaria a un inmigrante ha implicado la infracción de la obligación del Estado establecida en el artículo 3 del Convenio. En concreto, en el asunto *D. c. United Kingdom* (1997) el Tribunal consideró que la decisión de deportación de una persona en estado terminal infectada por virus VIH

⁴¹ *Vid.*, por ejemplo, las siguientes decisiones de admisibilidad del TEDH, cuyos recurrentes alegaban un insuficiente apoyo financiero por parte del Estado para sufragar determinados tratamientos médicos: Decisión de 21 de marzo 2002, acerca de la admisibilidad de la demanda de *Nitecki c. Poland* (núm. 65653/01); Decisión de 1 de julio de 1998, acerca de la admisibilidad de la demanda de *Scialacqua c. Italy* (núm. 34151/96).

⁴² Asunto TEDH, *Osman c. United Kingdom* (28 de octubre 1998): párrafo 116.

⁴³ DA LOMBA (2004): 384.

⁴⁴ Asunto TEDH *Pretty c. United Kingdom* (29 de abril, 2002): párrafo 52.

constituía una violación del artículo 3, ya que el Estado de origen del demandante (Isla de St. Kitts) carecía de las condiciones médicas necesarias para aplicar un tratamiento análogo al que estaba recibiendo en Reino Unido. Sin embargo, casos más recientes del Tribunal apuntan a que la infracción del artículo 3 en el contexto de decisiones de expulsión que afectan a personas con condiciones agravadas de salud se aplica de forma muy estricta, adquiriendo por tanto una naturaleza excepcional⁴⁵.

Asimismo, el Tribunal ha considerado que la decisión de expulsión de un inmigrante que sufría una grave enfermedad mental preexistente, podría constituir una vulneración del derecho al respeto de la vida privada (artículo 8), teniendo en cuenta los efectos adversos de la decisión administrativa en la estabilidad mental, considerada por el Tribunal como parte de la integridad moral protegida por el artículo 8 de la Convención⁴⁶.

A partir de estos casos, se puede inferir un cierto cuerpo jurisprudencial que sostiene la responsabilidad estatal en la garantía de determinados niveles de salud de los inmigrantes irregulares. Sin embargo, no se puede soslayar que el hecho de que los contextos en los que el Tribunal haya identificado vulneraciones de los artículos 2, 3 y 8 del Convenio tengan en común la extrema gravedad de las condiciones médicas de los inmigrantes, revela que el umbral fijado por Tribunal para apreciar la vulneración de estos artículos es ciertamente alto⁴⁷.

b) Carta Social Europea

La Carta Social Europea, adoptada en 1961 y revisada en 1996⁴⁸, es un instrumento de protección de derechos humanos que complementa el Convenio Europeo de Derechos Humanos incorporando un catálogo de derechos de naturaleza social y económica (entre otros, derechos en materia laboral,

⁴⁵ Asuntos TEDH: *N. c. United Kingdom* (27 de mayo 2008) y *Henao c. The Netherlands* (24 de junio 2003).

⁴⁶ Asunto TEDH *Bensaid c. United Kingdom* (6 de febrero 2001): párrafos 46 y 47.

⁴⁷ CLEMENTS y SIMMONS (2008): 419; DA LOMBA (2004): 385.

⁴⁸ Hasta la fecha, España aun no ha procedido a la ratificación de la versión revisada de la Carta Social Europea de 1996.

educativa, de vivienda, sanitaria, etc.). En concreto, en virtud de los artículos 11 y 13 los Estados Partes se comprometen a garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la salud⁴⁹.

Sin embargo, un obstáculo para su proyección a los inmigrantes irregulares radica en los límites subjetivos de su ámbito de aplicación, que está restringido a aquellos extranjeros nacionales de otros Estados Partes que residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de un Estado Parte⁵⁰. Es decir, la protección de los derechos recogidos en la Carta no es extensiva a los nacionales de terceros países.

En el asunto *International Federation of Human Rights c. France* presentado ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (2003)⁵¹, se planteó la conformidad con la Carta de una reforma legal en Francia que limitaba la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares. De acuerdo a esta reforma, toda persona extranjera que, sin permiso de residencia, hubiera permanecido en Francia durante menos de tres meses, sólo recibiría tratamiento sanitario en caso de emergencia o de peligro inminente para la vida. En aquellos casos en los que se hubiera residido en Francia durante más de tres meses, se tendría derecho a la asistencia médica, pero los costes de la misma serían sufragados por el inmigrante. La “Federación internacional de Derechos Humanos” sostenía que tales restricciones vulneraban el derecho a la protección sanitaria (art. 13, Carta Social Europea), así como el derecho de los niños y adolescentes a la protección social, jurídica y económica (art. 17).

A pesar de que las circunstancias relativas a posibles derechos de los inmigrantes indocumentados se extralimitaban, en un principio, del alcance subjetivo definido en la Carta, el Comité aceptó la aplicabilidad a este colectivo

⁴⁹ Artículo 11, Carta Social Europea: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar [...] medidas adecuadas para, entre otros fines: "1) **eliminar**, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2) **establecer** servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3) **prevenir**, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes".

⁵⁰ Párrafo 1 del Anexo a la Carta Social Europea revisada en 1996.

⁵¹ Comité Europeo de Derechos Sociales, asunto núm. 14/2003.

de algunos de los derechos alegados por los recurrentes⁵². Partiendo de la premisa de que la restricción subjetiva de la Carta tenía un impacto dispar en cada uno de los derechos reconocidos, el Comité afirmó que “las circunstancias de este caso particular afectan a un derecho [el derecho a la salud] de fundamental importancia para el individuo, ya que está conectado con el derecho a la vida y a la dignidad de todo ser humano”⁵³. Así, considerando al “derecho a la asistencia sanitaria como condición para la garantía de la dignidad humana”, el Comité concluyó que toda legislación que en la práctica suprima la asistencia sanitaria a los no nacionales, aunque se encuentren en una situación irregular, estaría vulnerando la Carta⁵⁴.

A pesar de que esta decisión parece abrir en principio la puerta a la posibilidad de reclamaciones de inmigrantes indocumentados por vulneraciones de derechos de la Carta Social Europea, se trata, hasta ahora, del único caso en el que se ha producido una interpretación extensiva del ámbito subjetivo en los términos indicados. Por consiguiente, sería plausible concluir que tal interpretación sólo se sustanciaría si el derecho invocado, como en el caso visto, afectase al núcleo de las condiciones necesarias para llevar una vida digna⁵⁵.

c) Carta de los derechos fundamentales de la UE

La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea reviste una gran relevancia como instrumento de protección de derechos humanos en el ámbito regional de la Unión, especialmente desde que el Tratado de Lisboa le otorgara carácter vinculante⁵⁶. Numerosos derechos enmarcados en los ámbitos de “Dignidad” (Capítulo 1), “Libertad” (Capítulo 2) y “Justicia” (Capítulo VI) se proyectan de forma universalista, al estar referidos a “toda persona”⁵⁷. Bajo el

⁵² En concreto, el Comité considera que la legislación francesa vulneraba el artículo 17 de la Carta.

⁵³ *International Federation of Human Rights c. France*: párrafo 30.

⁵⁴ *Idem.*: párrafos 31 y 32.

⁵⁵ BELL (2010):159.

⁵⁶ Tratado de la Unión Europea, artículo 6.

⁵⁷ Sin embargo, una excepción notable a la referida universalidad estaría en el artículo 15 (bajo el epígrafe de las “Libertades”) relativo a la libertad profesional y el derecho a trabajar. Particularmente, las tensiones interpretativas surgen entre el párrafo 3 de este artículo (que restringe la igualdad de condiciones laborales a aquellos nacionales de terceros países con

epígrafe del capítulo IV, dedicado a la “Solidaridad”, se ubica el derecho de “toda persona a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”. Se trata del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, basado en el artículo 11 de la Carta Social Europea⁵⁸. Incorpora además el objetivo de garantizar un “alto nivel de protección de la salud humana” en la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión. En cuanto al alcance de su contenido normativo, hay que destacar que no se circunscribe únicamente a la atención médica de urgencia, sino que incluye también la atención médica de naturaleza preventiva. Asimismo, en contraste con el artículo inmediatamente precedente relativo al derecho a las prestaciones de la seguridad social (que requieren la residencia y desplazamiento legal dentro de la Unión), en el caso del derecho a la sanidad y de acuerdo a su enunciado (“toda persona”), este derecho se proyectaría, en principio, no sólo a los ciudadanos de la Unión, sino a cualquier persona que se encontrase en el territorio de alguno de los Estados miembros. Sin embargo, la también explícita dependencia del contenido de este derecho con respecto a las políticas estatales⁵⁹ (“atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales”), merma considerablemente el potencial garantista y la proyección universalista del derecho⁶⁰.

4.3. Conclusiones

En el ámbito de los tratados de protección de derechos humanos suscritos por España, la asimetría existente entre los niveles de protección que

permiso de trabajo) y el artículo 31 (1) que extiende a todo trabajador el derecho a condiciones de trabajo respetuosas con su salud, dignidad y seguridad, *vid.* BELL (2010): 160.

⁵⁸ HERVEY (2003): 253.

⁵⁹ El artículo 35, además de establecer un derecho individual a la sanidad, es un reflejo coherente de la distribución competencial entre la Unión y los Estados miembros en materia de sanidad, recogido en el artículo 168.7 TFUE (ex art. 152.5 TCE), *vid.* McHALE (2010): 303.

⁶⁰ CHUECA SANCHO (2010): 137-138.

cada sistema dispensa en esta cuestión dificulta la inferencia de un denominador común normativo en la protección sanitaria a los extranjeros indocumentados más allá de la mera asistencia médica de urgencias. Sin embargo, la falta de uniformidad no impide identificar la existencia de ciertos instrumentos internacionales que amparan el derecho a la atención sanitaria integral (es decir, no sólo en aquellos casos de emergencia) desde una perspectiva universal, extendiéndose, por tanto, a los inmigrantes en condición irregular. En este sentido, se puede destacar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la interpretación extensiva que del mismo ha desarrollado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asimismo, es innegable la relevancia del asunto *International Federation of Human Rights c. France* que, en el contexto de una medida legislativa de perfiles muy parecidos a la reforma española, reconoce el derecho de los inmigrantes irregulares a la asistencia sanitaria, fundado en la vinculación de este derecho con la garantía de la dignidad humana. Por su parte, el TEDH ha identificado vulneraciones de los Estados respecto a sus obligaciones en materia de prestación sanitaria, por su relación con los derechos enunciados en los artículos 2, 3 y 8 del Convenio, aunque el umbral fijado por el Tribunal para apreciar la vulneración de estos artículos es ciertamente alto.

Sin embargo, la resistencia de todos los países de la Unión a ratificar la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, como instrumento de protección de las necesidades de los trabajadores que están empleados en países distintos del propio, demuestra la ausencia de un compromiso político sólido para garantizar un conjunto mínimo y uniforme de derechos sociales a los inmigrantes en situación irregular.

5. MARCO CONSTITUCIONAL

5.1. Estatus constitucional de los derechos de los extranjeros

El artículo 13, apartado 1 CE, establece los términos fundamentales del estatus constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en su jurisprudencia la interpretación de este artículo, de acuerdo a la cual propone una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros⁶¹. En virtud de esta clasificación, la libertad del legislador para regular la posición jurídica de los extranjeros respecto a cada uno de los derechos del Título I estaría modulada por tres parámetros básicos: el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE), el hecho de que la Constitución reconozca determinados derechos a los extranjeros y, en todo caso, el contenido delimitado para el derecho según los tratados y acuerdos de derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE).

A modo de síntesis, tal margen variable de libertad del legislador en la regulación de la titularidad y ejercicio de cada derecho se estructuraría, según el Tribunal Constitucional en la STC 236/2007, a través de las siguientes categorías. En primer lugar, se situarían aquellos derechos fundamentales que corresponden a los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a los españoles, al ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como fundamento del orden político español. Entre ellos se ubican el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad, a la libertad ideológica, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita y también el derecho a la educación, por su relación con el pleno y libre desarrollo de la personalidad.

⁶¹ Jurisprudencia contenida fundamentalmente en las SSTC 107/1984 (FF.JJ. 3 y 4) y 236/2007 (FF.JJ. 3 y 4). *Vid.* asimismo CRUZ VILLALÓN (1992): 63-73.

La segunda categoría abarcaría a los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros, utilizando expresiones que engloban a todos, o bien a través de fórmulas impersonales (entre ellos se sitúan los derechos fundamentales de reunión y de asociación). En consecuencia, deberán ser reconocidos a todos los extranjeros, con independencia de que sean o no residentes legales. En estos casos, reconoce el Tribunal, el legislador puede establecer “condicionamientos adicionales” respecto a su ejercicio, “si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales”.

Finalmente, el Tribunal identifica una tercera categoría de derechos, cuya titularidad corresponderá a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Es decir, se trata de aquellos derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no-nacionales “aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”. En particular, “al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros”, o tomar en “consideración el dato de su situación legal o administrativa en España”. Este sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho a la salud, el derecho al trabajo o el derecho a percibir una prestación por desempleo. Con respecto al derecho a la protección sanitaria, hay que subrayar que en la STC 95/2000 se debatió si la demandante cumplía la condición de residencia en España exigida a los extranjeros por el art. 1.2 de la Ley General de Sanidad 14/1986 para poder acceder a este derecho, aunque, como indica el Tribunal, no se discutió la constitucionalidad de tal requisito⁶².

Hay que destacar que la autorización al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” en el ejercicio de estos derechos no es incondicionada, debido a que no podrá afectar a aquellos derechos que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana” que, conforme al art. 10.1 CE, constituye uno de los fundamentos del orden político español, ni

⁶² STC 236/2007, FJ 4.

“adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España”. En particular, el Tribunal Constitucional indica que las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos de los extranjeros “sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

5.2. Derecho a la protección de la salud y los extranjeros indocumentados

El derecho a la protección de la salud está reconocido en la Constitución española en su artículo 43.1. El párrafo segundo de este mismo artículo declara que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios, para lo cual deberán establecer los derechos y deberes de todos al respecto. Se indica también, en el párrafo tercero, que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte, facilitando asimismo una adecuada utilización del ocio.

La Constitución reconoce así a la salud como un bien jurídico digno de tutela por el ordenamiento, tanto desde una perspectiva individual (derecho a la protección de la salud), como colectiva (protección de la salud pública). Como es sabido, en tanto en cuanto la protección de la salud se ubica bajo la categoría de los “Principios Rectores de la Política Social y Económica”, su eficacia vinculante está ciertamente matizada, puesto que, entre otros efectos, no son alegables ante los Tribunales sino de acuerdo con la Ley que los desarrollen. Hay que indicar, no obstante, que el contenido concreto que adopte la legislación configuradora de tales “derechos sociales” deberá estar informado por el “reconocimiento, respeto y protección” de los principios rectores reconocidos en el Capítulo tercero (art. 53.3 CE).

Como se acaba de exponer, de acuerdo a la doctrina constitucional acerca del estatuto constitucional de los extranjeros en España, el derecho a la

salud estaría enmarcado en una de las categorías de derechos en la que el legislador contaría con un amplio margen para modular las condiciones de ejercicio de los mismos por parte de los extranjeros. En este contexto, la última modificación legislativa en materia de sanidad agrava las condiciones para el ejercicio del derecho a la prestación sanitaria por parte de los extranjeros, derogando el requisito del empadronamiento exigido hasta ahora, que se sustituye por la exigencia de contar con una autorización de residencia. Asimismo, el acceso a la sanidad a través de la vía de la insuficiencia de recursos queda también sujeta al requisito de residencia legal. Una de las consecuencias evidentes de esta nueva medida legislativa es la severa limitación del acceso a la prestación sanitaria a determinados colectivos especialmente vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias, en particular, los inmigrantes sin permiso de residencia.

A la luz de la jurisprudencia constitucional respecto al 13.1 CE, el límite material del legislador para configurar las condiciones de ejercicio del derecho a la protección sanitaria por parte de los extranjeros, estaría determinado por el contenido constitucionalmente delimitado para el derecho, pero también por el contenido de los tratados de derechos humanos suscritos por España y, finalmente, por consideraciones de proporcionalidad de tales condiciones de ejercicio. Una reflexión acerca de esta reforma, en virtud de la doctrina del art.13.1 CE, plantea dudas acerca de la constitucionalidad de la modificación legislativa en el ámbito material del art. 43.1 CE.

En primer lugar, hay que destacar la relevancia singular que reviste el bien jurídico de la salud para el conjunto del ordenamiento constitucional. Por una parte, el tenor literal del artículo 43.1 establece un ámbito subjetivo de aplicación indeterminado (“se reconoce”), a diferencia de lo que ocurre con otros derechos sociales, como por ejemplo, el derecho a la vivienda (art. 47: “españoles”) o el derecho a la seguridad social (art. 41: “ciudadanos”). De esta forma, el mandato constitucional parece evocar la terminología universalista presente en los tratados internacionales de derechos humanos respecto a la titularidad del derecho a la protección sanitaria. Esta interpretación se refuerza si

tenemos en cuenta el párrafo segundo del artículo 43, que se refiere a la obligación de los poderes públicos de tutelar la salud pública estableciendo derechos y deberes “de todos”⁶³. En el ámbito de los tratados de protección de derechos humanos, existen ciertos instrumentos internacionales que amparan el derecho a la atención sanitaria integral (es decir, no sólo de urgencia) desde una perspectiva subjetiva universal, extendiéndose, por tanto, a los inmigrantes en condición irregular⁶⁴.

Asimismo, la relevancia del derecho a la protección sanitaria se infiere de la propia jurisprudencia constitucional, que ha reconocido en numerosas ocasiones la vinculación existente entre el derecho a la salud y la integridad física (art. 15 CE)⁶⁵. Así, según el Tribunal, teniendo en cuenta la relación entre ambos derechos, resulta evidente “que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles”⁶⁶. En un sentido análogo, como se ha examinado con anterioridad, el TEDH ha reconocido la vinculación existente entre el derecho de acceso a la sanidad y el derecho a la vida.

El Tribunal Constitucional también ha subrayado recientemente la importancia de las dos dimensiones fundamentales asociadas a la garantía del derecho a la salud y ha destacado, desde el punto de vista del interés general, la interrelación existente entre ambas: la garantía del derecho a la salud como salvaguardia de la salud pública y, al mismo tiempo, como protección particular de la salud individual⁶⁷.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, resulta plausible sostener que la formulación universal de este principio rector en la Constitución responde a la

⁶³ Vid. HERNANDEZ BEJARANO (2004): 89-90.

⁶⁴ Vid. sección 4 supra.

⁶⁵ Vid., por ejemplo, STC 53/1985, FF.JJ. 11 y 12; STC 119/2001, FJ 6.

⁶⁶ Auto TC 239/2012, FJ 5. En este Auto se recalca tal vinculación en varias ocasiones, *vid.* FJ 5 *in fine*: “(...) apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional (...)”.

⁶⁷ Auto TC 239/2012, FJ 5.

íntima y singular conexión que se establece entre este con el derecho a la vida y, en consecuencia, también con la garantía de la dignidad humana⁶⁸. La naturaleza de la restricción en el acceso a la sanidad para el colectivo de inmigrantes irregulares de acuerdo a la modificación legislativa española resultaría, por tanto, incompatible con una noción mínimamente integradora o tendencialmente universal del acceso a la sanidad. En efecto, las nuevas condiciones de ejercicio del derecho no se limitan a elevar el *grado o nivel* de restricción del acceso a la sanidad para los inmigrantes irregulares. Se trata, por el contrario, de medidas que suponen un cambio *sustancial* de la definición subjetiva del acceso a la sanidad pública y gratuita que, dadas sus características, proyectan una amenaza real de exclusión del acceso a la misma sobre todo un colectivo cuyo estatus se define precisamente por su presencia irregular en el territorio.

El aspecto económico incorporado por la reforma entraría, por otra parte, en seria contradicción con la “accesibilidad económica” o “asequibilidad” que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales vincula al contenido mínimo del derecho a la salud⁶⁹. En efecto, el requisito de la residencia también se vincula, en virtud de la reforma legislativa, al acceso a la sanidad para personas sin recursos económicos suficientes. Y, por otra parte, los “convenios especiales” a los que podrían adherirse los inmigrantes indocumentados prevén cuotas mensuales ciertamente altas que, además, sólo cubrirían las prestaciones de la cartera común básica. Los tratamientos pertenecientes a las otras categorías tendrían que ser sufragados íntegramente por los extranjeros⁷⁰.

Asimismo, la introducción del requisito de la residencia legal para acceder a la sanidad plantea dudas de constitucionalidad desde el punto de vista de la proporcionalidad con respecto a la finalidad perseguida. Se hace necesario constatar si la medida legislativa es proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre

⁶⁸ Como también se estableció en el asunto *International Federation of Human Rights c. France* (Comité Europeo de Derechos Sociales).

⁶⁹ En su interpretación del art. 12.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *vid.* pág. 10 *supra*.

⁷⁰ *Vid.* nota 22 *supra*.

otros bienes o valores en conflicto⁷¹. Desde esta perspectiva, por una parte se situaría el beneficio para el interés general, concretado en un beneficio económico asociado al ahorro. Sin embargo, la solidez de este argumento es ciertamente cuestionable si se tiene en cuenta la dificultad de confirmar la generación real de beneficios económicos, al ser altamente probable que la nueva medida se traduzca económicamente en un simple trasvase de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias, que sí se seguirá dispensando excepcionalmente a los inmigrantes en situación irregular⁷². Por otra parte, se encuentra el perjuicio que la medida limitadora del acceso a la sanidad supone para determinados colectivos en situación de precariedad socioeconómica. Hay que considerar, además, que este perjuicio no sólo repercute en el estado de salud a nivel individual, sino que puede conllevar riesgos para el conjunto de la sociedad, desde un punto de vista de contagio y de salud pública. Teniendo en cuenta, junto a ello, la relevancia singular del derecho a la sanidad por su vinculación al derecho a la vida y a la integridad física, se puede apreciar un déficit de equilibrio entre un abstracto beneficio económico de difícil determinación con respecto al perjuicio que la medida restrictiva genera en bienes constitucionales particularmente sensibles.

6. CONCLUSIONES

Una de las reformas que incorpora el RDL es la vinculación de la titularidad del derecho de acceso a la prestación sanitaria gratuita financiada con cargo a fondos públicos a que se ostente la condición de asegurado, especificando que los extranjeros recibirán asistencia sanitaria sólo cuando estén registrados o autorizados como residentes en España. La regulación ya derogada permitía que los extranjeros sin residencia legal en España pudieran obtener asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, siempre que estuvieran inscritos en el padrón del municipio donde residían. De

⁷¹ Vid. por ejemplo, STC 66/1995, FJ 5.

⁷² Vid. MLADOVSKY P. *et al*, (2012): 28; Auto TC 239/2012, FJ 5.

esta forma, el proceso de progresiva universalización del ámbito subjetivo del derecho a la protección de la salud ha experimentado un retroceso sustancial a raíz de la reforma sanitaria.

Esta medida legislativa se adopta en un contexto de aguda crisis económica en la que la reducción de las prestaciones sociales alcanza al conjunto de los ciudadanos del país. Y en particular, el derecho a la sanidad reviste un perfil especialmente problemático en escenarios de recesión debido a los considerables niveles de inversión pública que la garantía del mismo requiere. Además, en el contexto de la Constitución española, existe una fuente de vulnerabilidad añadida que radica en su ubicación dentro de la categoría de los Principios Rectores de la Política Social y Económica.

A lo largo de este trabajo se han analizado algunos aspectos de la limitación del acceso sanitario para los inmigrantes irregulares a la luz del ordenamiento constitucional en la materia, integrado por los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, así como por las prescripciones constitucionales y la doctrina constitucional en la materia. Se ha constatado la importancia singular de la que goza el derecho a la protección de la salud, tanto en el marco constitucional en general, como dentro del catálogo de los Principios Rectores, en particular. Su vinculación con el derecho a la vida y, por consiguiente, su relación con la garantía de la dignidad humana, configuran al derecho a la salud como un *prius* lógico para poder acceder al ejercicio del resto de derechos humanos básicos. En el contexto de un Estado social y democrático y, en concreto, en virtud de la configuración constitucional de este derecho y de consideraciones acerca del déficit de proporcionalidad de la reforma, la limitación del acceso a la sanidad pública y gratuita a colectivos sujetos a una extrema precariedad, tanto a nivel económico y laboral como sociosanitario, presenta un cuestionable encaje constitucional.

7. BIBLIOGRAFÍA

BELL, M. (2010): "Irregular Migrants: Beyond the limits of solidarity?", en ROSS, M. and BORGMANN-PREBIL, Y. (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford University Press, Oxford.

BRICK, K. (2011): *Regularizations in the European Union: The Contentious Policy Tool*, Migration Policy Institute, Washington DC.

CARRASCO CARPIO, C. y GARCÍA SERRANO, C. (2012): *Inmigración y mercado de trabajo. Informe 2011*, Observatorio Permanente de la Inmigración, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subdirección General de Información, Madrid.

CHOLEWINSKI, R. (2005): *Study on obstacles to effective access of irregular migrants to minimum social rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg.

CHUECA SANCHO, A. (2010): "Un derecho migratorio europeo cada día más incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos", en CHUECA SANCHO, A. (dir.), *Derechos Humanos, Inmigrantes en Situación Irregular y Unión Europea*, Lex Nova, Valladolid.

CLEMENTS, L. and SIMMONS, A. (2008): "European Court of Human Rights. Sympathetic Unease", en LANGFORD, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge.

CRUZ VILLALÓN, P. (1992): "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, Mayo-Agosto.

DA LOMBA, S. (2004): "Fundamental social rights for irregular migrants: the right to Health Care in France and England", en CHOLEWINSKI, R. (ed.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Martinus Nijhoff, Leiden.

GARCÍA VÁZQUEZ, S. (2007): *El Estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

HERNANDEZ BEJARANO, M. (2004): *La ordenación sanitaria en España*, Ed. Aranzadi, Navarra.

HERVEY, T. and KENNER, J. (eds.) (2003): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights- A legal Perspective*, Hart Publishing, Oxford.

MLADOVSKY P. *et ali*, (2012): *Health Policy Responses to the financial crisis in Europe*, World Health Organization, Denmark.

McHALE, J. (2010): "Fundamental rights and Health Care", en MOSSIALOS, E. *et ali* (eds.), *Health systems Governance in Europe*, Cambridge: Cambridge University Press.

MOREHOUSE, C. and BLOMFIELD, M. (2011): *Irregular migration in Europe*, Migration Policy Institute, Washington DC.

PACE, P. (2011): "The right to health of migrants in Europe", in *Migration and health in the European Union*, en RECHEL, B. *et ali* (eds.), McGraw- Hill, Open University Press, Glasgow.

PALMER, E. (2009): "Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights: trends and developments in the European Court of Human Rights", *Erasmus Law Review*, Volume 02, Issue 04: 397-425.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. (2012): "Artículo 12. El derecho a la asistencia sanitaria", en MORENEO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 Y RD 557/2011)*, Ed. Comares, Granada, págs. 231-242.

INFORMES

Informe del Tribunal de Cuentas (marzo 2012): *Fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social*.

Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (2012a): *Informe Preceptivo al "Proyecto de Orden por la que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud"*.

Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (2012b): *Informe de Seguimiento del RD 1192/2012*.

Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM), (2010): *PICUM's Main Concerns about the Fundamental Rights of Undocumented Migrants in Europe*, Brussels.

European Union Agency for Fundamental Rights (2011): *Migrants in an irregular situation: access to health care in 10 European Member States*, Luxembourg.

Health for Undocumented and Migrants and Asylum seekers (HUMA network) (2009): *Access to health care for undocumented migrants and asylum seekers in 10 countries. Law and Practice*.